

## Решение № 03-10.1/199-2013

о признании жалобы необоснованной

г. Омск

10 июля 2013 г.

Комиссия Омского УФАС России по контролю в сфере размещения заказов на территории Омской области (далее - Комиссия),

рассмотрев жалобу ООО «ТрансУголь» (далее – Общество, заявитель) на действия уполномоченного органа – Министерство экономики Омской области (далее – уполномоченный орган) при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения гражданско-правовых договоров и контрактов (далее – контракты) на поставку угля каменного для нужд 139 государственных и муниципальных заказчиков (извещение № 0152200000813000655) (далее – открытый аукцион),

в присутствии представителей:

заявителя - (доверенность № 19 от 20.05.2013);

уполномоченного органа - <...> – первого заместителя Министра экономики Омской области (без доверенности), <...> (доверенность № 8/13 от 17.06.2013), <...> (доверенность № 10/13 от 08.07.2013),

ОАО «Омская топливная компания» - <...> (доверенность от 09.07.2013), <...> (доверенность от 17.06.2013),

газеты «Коммерческие Вести» (Омск) – <...>,

### УСТАНОВИЛА:

1. В Омское УФАС России поступила жалоба заявителя (вх. № 6452 от 03.07.2013) на положения документации об открытом аукционе и действия уполномоченного органа.

Заявитель считает, что документация об открытом аукционе разработана с нарушением Федерального закона от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», поскольку положения проектов контрактов, предусмотренные разделом 5 «Порядок приемки товара» в части приемки товара по качеству и контролю качества принятого угля с учетом внесенных уполномоченным органом изменений от 28.06.2013, нарушают права потенциальных участников размещения заказа, ставя их в неравное положение с заказчиками и ограничивая тем самым круг потенциальных участников размещения заказа.

В связи с вышеизложенным, заявитель просит признать положения документации об аукционе, предусмотренные разделами 5 проектов контрактов, не соответствующими требованиям Гражданского законодательства Российской Федерации, в связи с чем, обязать уполномоченный орган устранить нарушения, содержащиеся в документации об открытом аукционе в части внесения соответствующих изменений в указанный раздел.

**2.** На запрос Омского УФАС России (исх. № 03-4437 от 04.07.2013) уполномоченным органом были представлены материалы открытого аукциона.

Из представленных материалов открытого аукциона и информации, размещенной на официальном сайте Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» [www.zakupki.gov.ru](http://www.zakupki.gov.ru) (далее – официальный сайт), следует, что 31.05.2013 на указанном сайте уполномоченный орган в соответствии с Соглашением о проведении совместных торгов способом открытого аукциона в электронной форме на поставку угля каменного от 17.05.2013 разместил извещение о проведении совместного открытого аукциона № 0152200000813000655 и документацию об открытом аукционе с начальной (максимальной) ценой контрактов 135619717,10 руб.

04.06.2013 и 10.06.2013 уполномоченным органом размещались изменения в извещение о проведении открытого аукциона.

13.06.2013 и 27.06.2013 на официальном сайте уполномоченный орган разместил разъяснения положений документации об открытом аукционе.

28.06.2013 на основании предписания Комиссии Омского УФАС России от 20.06.2013 по делу № 03-10.1/182-2013 уполномоченным органом были внесены изменения в документацию об открытом аукционе, в частности в проекты контрактов.

Срок окончания подачи заявок установлен 15.07.2013 в 09:00 час.

08.07.2013 уполномоченным органом были представлены письменные возражения по доводам жалобы заявителя, в которых уполномоченный орган указывает на отсутствие в документации об открытом аукционе и непосредственно в проектах контрактов нарушений норм действующего законодательства о размещении заказов, положений Гражданского Кодекса Российской Федерации и иного законодательства, в силу чего, считает жалобу Общества необоснованной.

Кроме того, в адрес Омского УФАС России были также представлены письменные возражения ОАО «Омская топливная компания» на жалобу заявителя, из содержания которых следует, что, по мнению ОАО «Омская топливная компания», проекты контрактов полностью соответствуют Федеральному закону «О размещении заказов», Гражданскому Кодексу Российской Федерации.

**3.** В результате рассмотрения жалобы ООО «ТрансУголь», представленных материалов, пояснений представителей сторон и осуществления в соответствии с частью 5 статьи 17 Федерального закона «О размещении заказов» внеплановой проверки Комиссия установила следующее.

Согласно части 1 статьи 2 Федерального закона «О размещении заказов» законодательство Российской Федерации о размещении заказов основывается на положениях Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), Бюджетного кодекса Российской Федерации и состоит из настоящего Федерального закона, иных федеральных законов, регулирующих отношения, связанные с размещением заказов.

В силу части 2 статьи 9 Федерального закона «О размещении заказов» контракт заключается в порядке, предусмотренном Гражданским кодексом Российской Федерации и иными федеральными законами с учетом положений настоящего Федерального закона.

Проанализировав доводы жалобы заявителя, Комиссия установила, что по своей сути жалоба Общества связана с преддоговорным спором между сторонами, которые в силу статьи 446 Гражданского кодекса Российской Федерации разрешаются в судебном порядке, однако, учитывая, что в силу части 1 статьи 41.6 и части 5 статьи 34 Федерального закона «О размещении заказов» проекты контрактов являются неотъемлемой частью документации об аукционе, Комиссия вправе рассмотреть жалобу по существу, отмечая следующее:

**3.1.** Заявитель указал в пункте 1 жалобы о том, что уполномоченный орган не дал разъяснение о принадлежности пристаней и не указал ответственное лицо за обеспечение безопасного подхода для судов, безопасной стоянки судов у таких причалов, в связи с чем, ответственность за обеспечение принятия товара в месте поставки должна возлагаться на муниципальных заказчиков, соответственно, по мнению заявителя, пункт 5.1 проектов контрактов необходимо дополнить следующими словами: *«Муниципальный заказчик обязан обеспечить принятие товара в месте поставки товара, указанного в п.2.2 настоящего контракта. В случае невозможности отгрузки товара в месте поставки товара по причине не обеспечения Муниципальным заказчиком условий безопасного подхода и стоянки транспорта Поставщика к месту поставки, ответственность за наступление негативных последствий, вызванных таким не обеспечением, возлагается на муниципального заказчика».*

Комиссия не может согласиться с указанной позицией заявителя и считает данный довод необоснованным в силу следующего.

Основные положения по приемке товара прописаны в разделе 5 «Порядок приемки товара» проектов контрактов.

В соответствии со статьей 484 ГК РФ покупатель обязан принять переданный ему товар, за исключением случаев, когда он вправе потребовать замены товара или отказаться от исполнения договора купли-продажи.

Если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором купли-продажи, покупатель обязан совершить действия, которые в соответствии с обычно предъявляемыми требованиями необходимы с его стороны для обеспечения передачи и получения соответствующего товара.

В случаях, когда покупатель в нарушение закона, иных правовых актов или

договора купли-продажи не принимает товар или отказывается его принять, продавец вправе потребовать от покупателя принять товар или отказаться от исполнения договора.

Согласно статье 509 ГК РФ поставка товаров осуществляется поставщиком путем отгрузки (передачи) товаров покупателю, являющемуся стороной договора поставки, или лицу, указанному в договоре в качестве получателя.

Статьей 513 ГК РФ установлено, что покупатель (получатель) обязан совершить все необходимые действия, обеспечивающие принятие товаров. Принятые покупателем (получателем) товары должны быть им осмотрены в срок, определенный законом, иными правовыми актами, договором поставки или обычаями делового оборота.

Покупатель (получатель) обязан в этот же срок проверить количество и качество принятых товаров в порядке, установленном законом, иными правовыми актами, договором или обычаями делового оборота, и о выявленных несоответствиях или недостатках товаров незамедлительно письменно уведомить поставщика.

Таким образом, из общих норм ГК РФ следует, что обязанность принятия товара возлагается именно на покупателя (заказчика).

Кроме того, частью 12 статьи 9 Федерального закона «О размещении заказов» обязанность по приемке товара также возложена на заказчика.

В результате анализа проектов контрактов, Комиссия установила, что условия контрактов позволяют определить порядок приемки товара покупателем (заказчиком).

**3.2.** В пункте 2 жалобы заявитель указывает на то, что *«пунктом 5.2 проектов контрактов не установлен детализированный порядок приемки угля по количеству, не прописан механизм взвешивания поставленного угля в местах поставки для определения его соответствия по количеству, что, по мнению заявителя, может привести к злоупотреблению заказчиками своим правом, установленным контрактами, на требование восполнения «недостающего» количества товара»*.

При этом заявитель ссылается на часть 1 статьи 70 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ, регламентирующей порядок определения массы грузов при поставке товаров водным транспортом.

Комиссия отмечает, что в силу части 1 статьи 1 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ настоящий Кодекс регулирует отношения, возникающие между организациями внутреннего водного транспорта Российской Федерации, грузоотправителями, грузополучателями, пассажирами и другими физическими и (или) юридическими лицами при осуществлении судоходства на внутренних водных путях Российской Федерации, и определяет их права, обязанности и ответственность.

Согласно части 1 статьи 70 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ при предъявлении грузов для перевозок грузоотправитель указывает в транспортной

накладной их массу, определяемую им согласно трафарету, в соответствии со стандартом или путем взвешивания, а в отношении тарных и штучных грузов и количество грузовых мест. В случаях, установленных правилами перевозок грузов, допускается определение массы отдельных грузов расчетным путем (посредством обмера грузов, по осадке судна или условно). Определение массы грузов согласно трафарету, в соответствии со стандартом, расчетным путем (посредством обмера грузов или условно) проводится грузоотправителем. Масса грузов путем взвешивания определяется грузоотправителем за его счет совместно с перевозчиком на весовых приборах грузоотправителя, перевозчика или осуществляющей погрузку грузов в порту отправления организации.

По мнению Комиссии, порядок приемки товара по количеству (массе) при поставке товаров водным транспортом, установленный частью 1 статьи 70 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ, не является обязательным для заказчика.

Таким образом, способы взвешивания угля, указанные заявителем в пункте 2 жалобы, по мнению Комиссии, не могут рассматриваться как единственно допустимые, поскольку в данном случае заказчик самостоятельно обеспечивает приемку товара, в том числе по количеству.

С учетом изложенного Комиссия делает вывод о том, что указанный довод заявителя является необоснованным.

**3.3.** Пунктом 5.3 проектов контрактов устанавливается, что *«при приемке товара по качеству Муниципальный заказчик проверяет соответствие качественных и функциональных характеристик товара качественным и функциональным характеристикам товара, указанным в контракте, товарной накладной, документах, подтверждающих качество товара и оформленных в соответствии с законодательством»*.

По мнению заявителя, данный пункт устанавливает определение заказчиками качественных характеристик угля непосредственно в момент приемки товара в месте поставки, однако из этого пункта не следует, каким образом заказчик определит соответствует ли качество поставленного товара качеству, заявленному в документации об аукционе (пункт 3 жалобы).

Комиссия отмечает, что в данном случае, разделом 5 «Порядок приемки товара» проектов контрактов фактически установлены условия как о порядке приемки угля по количеству и качеству, так и контролю качества уже принятого угля.

В данном случае отбор проб проводится в рамках проверки качества уже поставленного угля, при этом Комиссия отмечает, что в измененной редакции документации об открытом аукционе, в проектах контрактов уполномоченным органом установлен порядок отбора проб, ввиду чего данный довод заявителя является необоснованным.

**3.4.** В пункте 4 жалобы заявитель указывает на то, что *«условия, указанные в пунктах 5.4 и 5.5 проектов контрактов ставят в неравное положение заказчика и*

потенциального поставщика, поскольку при отсутствии доказательств обособленного хранения поставленного угля невозможно будет определить принадлежность угля и как следствие, невозможно будет определить, не произвел ли заказчик подмену поставленного угля на уголь менее качественный, соответственно в случае проведения лабораторных испытаний при отсутствии таких доказательств отобранных проб угля, для поставщика могут наступить негативные последствия в виде худших характеристик, по сравнению с теми, которые могли быть, если бы пробы брались из угля, поставленного именно данным поставщиком.

Также отсутствие в контрактах доказательств соблюдения условий сохранности качества угля, может повлечь негативные последствия для потенциального поставщика, ведь при неправильном хранении угля качество угля ухудшается.

Для того чтобы в последствии у Сторон не возникло разногласий при определении принадлежности угля, а также соблюдения правил хранения угля, необходимо включение в контракт способов подтверждения обособленности хранения угля и соблюдения условий его хранения.

Таким образом, считаем, что контрактами нельзя установить возможность проведения оценки качества уже принятого угля, в том числе в течение 60 (шестидесяти) рабочих дней со дня подписания товарной накладной, посредством отбора проб и последующего проведения лабораторного анализа в условиях сертифицированной лаборатории т.к. при отсутствии указания в контрактах мер соблюдения надлежащего хранения Заказчиками угля и мер, позволяющих определить соблюдение Заказчиками условий обособленности хранения поставленного товара от другого аналогичного товара, результаты лабораторных испытаний не будут являться достоверными, и не смогут служить надлежащим доказательством, подтверждающим факт поставки некачественного угля, кроме того на результатах испытаний может сказаться случайное повреждение угля, допущенное Покупателем, при этом Покупатель несет риск случайной гибели и повреждения угля в силу ст. 458 ГК РФ».

Комиссия не может согласиться с указанной позицией заявителя, в силу следующего.

На основании части 1 статьи 476 ГК РФ продавец отвечает за недостатки товара, если покупатель докажет, что недостатки товара возникли до его передачи покупателю или по причинам, возникшим до этого момента.

Частью 2 статьи 476 ГК РФ установлено, что в отношении товара, на который продавцом предоставлена гарантия качества, продавец отвечает за недостатки товара, если не докажет, что недостатки товара возникли после его передачи покупателю вследствие нарушения покупателем правил пользования товаром или его хранения, либо действий третьих лиц, либо непреодолимой силы.

По мнению Комиссии, в данном случае будет применяться часть 1 статьи 476 ГК РФ, предусматривающая обязанность продавца (поставщика) отвечать за недостатки товара только в случае, если покупатель (заказчик) докажет, что недостатки товара возникли до его передачи покупателю или по причинам, возникшим до этого момента, поскольку из условий контрактов не следует, что поставщиком предоставляется гарантия качества (условия контрактов предусматривают только

гарантийный срок хранения товара (угля), при этом данное понятие не является идентичным понятию «гарантия качества»).

Что касается мер обособленности хранения и сохранности качества поставленного угля, то исходя из принципов свободы контракта и добросовестности участников гражданских правоотношений (пункт 5 статьи 10 ГК РФ) обязательство обеспечить обособленный учет и хранение, а также сохранность качества поставляемого по контракту угля со стороны заказчика вытекает из условий контракта и является обязательным для исполнения заказчиками, о чем уполномоченным органом были даны соответствующие разъяснения.

**3.5.** Пунктом 5.6 проектов контрактов предусмотрено: *«При обнаружении любого несоответствия товара условиям контракта, об этом делается отметка в товарной накладной. Поставщик в течение 2 календарных дней обязан устранить выявленные несоответствия товара либо заменить такой товар товаром надлежащего качества, при этом все расходы, связанные с устранением выявленных несоответствий, заменой, возлагаются на Поставщика».*

Заявитель полагает, что указанным пунктом не регламентировано при обнаружении каких конкретно несоответствий товара условиям контракта поставщик должен устранить такие несоответствия, кроме того, помимо видов несоответствия товара условиям контракта не установлено каким образом будут устанавливаться эти несоответствия (пункт 5 жалобы).

Комиссия отмечает, что из условий контрактов вытекает, что приемка товара осуществляется только по количеству и качеству, порядок выявления несоответствий товара в данных контрактах также установлен, следовательно, данный довод жалобы заявителя необоснованным.

**3.6.** Заявитель считает неправомерным установление в абзаце 9 пункта 5.7 проектов контрактов следующего условия «Результат лабораторного анализа отобранных проб распространяется на все количество товара, поставленного по контракту до момента отбора проб», поскольку результат химического анализа отобранных проб из отдельной партии товара никоим образом не может распространяться на все количество угля поставленного по контракту до момента отбора проб, если при этом ранее поставленные партии угля были приняты заказчиком, из ранее поставленных партий товара отбор проб не проводился, и отсутствовали замечания заказчика по качеству поставленного товара до отбора проб (пункт 6 жалобы).

По данному доводу Комиссия считает необходимым отметить следующее.

Пунктом 5 статьи 454 ГК РФ предусмотрено, что к поставке товаров применяются общие положения Гражданского кодекса Российской Федерации о купле-продаже, если иное не предусмотрено правилами настоящего Кодекса об этих видах договоров.

Пунктами 1 и 2 статьи 474 ГК РФ предусмотрено, что проверка качества товара может быть предусмотрена законом, иными правовыми актами, обязательными требованиями, установленными в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, или договором купли-продажи.

Порядок проверки качества товара устанавливается законом, иными правовыми актами, обязательными требованиями, установленными в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, или договором. В случаях, когда порядок проверки установлен законом, иными правовыми актами, обязательными требованиями, установленными в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании порядок проверки качества товаров, определяемый договором, должен соответствовать этим требованиям.

Если порядок проверки качества товара не установлен в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, то проверка качества товара производится в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно применяемыми условиями проверки товара, подлежащего передаче по договору купли-продажи.

Комиссия отмечает, что Гражданский кодекс устанавливает принцип свободы заключения договора (контракта) и в случае его заключения сторонами обязанность его исполнять в соответствии с его условиями.

В данном случае, исходя из условий проектов контрактов, заказчик и уполномоченный орган предусмотрели порядок приемки по качеству уже поставленного товара (угля) и данный порядок установлен в разделе 5 «Порядок приемки товара», который стороны контракта обязаны неукоснительно соблюдать.

В данном случае в силу статьи 474 ГК РФ проверка качества товара установлена заказчиком и уполномоченным органом в договоре (контракте), при этом Комиссия отмечает, что участник размещения заказа самостоятельно решает относительно возможности участвовать в данном размещении заказа, соглашаясь при этом с условиями контракта.

С учетом изложенного, Комиссия считает данный довод заявителя необоснованным.

На основании изложенного, руководствуясь частью 5 статьи 17 и частью 6 статьи 60 Федерального закона «О размещении заказов», пунктом 5.6 Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы, утвержденного приказом Федеральной антимонопольной службы от 26.01.2011 № 30, зарегистрированного в Минюсте РФ 21.03.2011 № 20204, пунктом 3.32 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, оператора электронной площадки при размещении заказа на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, в том числе при размещении заказов на энергосервис, для государственных, муниципальных нужд, нужд бюджетных учреждений, утвержденным приказом ФАС России от 24.07.2012 № 498, зарегистрированного в

РЕШИЛА:

Признать **необоснованной** жалобу ООО «ТрансУголь» на действия уполномоченного органа – Министерство экономики Омской области при проведении открытого аукциона в электронной форме на право заключения гражданско-правовых договоров и контрактов на поставку угля каменного для нужд 139 государственных и муниципальных заказчиков (извещение № 0152200000813000655).

Настоящее решение может быть обжаловано в судебном порядке в течение трех месяцев со дня его принятия.